

**Sygn. akt: KIO 1935/18  
KIO 1948/18**

**WYROK  
z dnia 13 listopada 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak**

**Członkowie: Jolanta Markowska**

**Anna Osiecka**

**Protokolant: Marta Słoma**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 19 października 2018 r. oraz 5 listopada 2018 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A) w dniu 25 września 2018 r. przez Wykonawcę **Asseco Poland Spółka Akcyjna** z siedzibą w Rzeszowie przy ul. Olchowej 14 (sygn. akt KIO 1935/18);
- B) w dniu 27 września 2018 r. przez Wykonawcę **Comarch Polska Spółka Akcyjna** z siedzibą w Krakowie przy Al. Jana Pawła II 39A (31-864 Kraków) (sygn. akt KIO 1948/18)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Skarb Państwa – Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa**, Al. Jana Pawła II 70 (00-175 Warszawa)

przy udziale

Wykonawcy **DXC Technology Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Warszawie przy ul. Szturmowa 2A (02-678 Warszawa) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1935/18 i KIO 1948/18 po stronie Odwołujących Asseco Poland S.A oraz Comarch Polska S.A.

Wykonawcy **Asseco Poland Spółka Akcyjna** z siedzibą w Rzeszowie przy ul. Przemysłowa 13 (35-105 Rzeszów) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1948/18 po stronie Odwołującego Comarch Polska S.A.

**orzeka:**

**1**

- A.** Oddala odwołanie wniesione przez Wykonawcę **Asseco Poland Spółka Akcyjna** z siedzibą w Rzeszowie przy ul. Olchowej 14 (sygn. akt KIO 1935/18);
  - B.** Oddala odwołanie wniesione przez Wykonawcę **Comarch Polska Spółka Akcyjna** z siedzibą w Krakowie przy Al. Jana Pawła II 39A (31-864 Kraków) (sygn. akt KIO 1948/18).
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Wykonawców **Asseco Poland S.A.** z siedzibą w Rzeszowie (sygn. akt KIO 1935/18) oraz **Comarch Polska S.A** z siedzibą w Krakowie (sygn. akt KIO 1948/18) i:
- 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30.000 zł 00 gr.** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Wykonawców **Asseco Poland S.A.** z siedzibą w Rzeszowie (sygn. akt KIO 1935/18) oraz **Comarch Polska S.A** z siedzibą w Krakowie (sygn. akt KIO 1948/18) tytułem wpisu od odwołań;
- 2.2 zasądza od Wykonawców **Asseco Poland S.A.** z siedzibą w Rzeszowie (sygn. akt KIO 1935/18) oraz **Comarch Polska S.A** z siedzibą w Krakowie (sygn. akt KIO 1948/18) na rzecz Zamawiającego kwotę **7.200 zł 00 gr.** (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika Zamawiającego w sprawach połączonych o sygn. akt KIO 1935/18 oraz KIO 1948/18, w tym:
- 2.2.1 od Wykonawcy **Asseco Poland S.A.** (sygn. akt KIO 1935/17) kwotę **3.600 zł 00 gr.** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy);
  - 2.2.2 od Wykonawcy **Comarch Polska S.A** (sygn. akt KIO 1948/17) kwotę **3.600 zł 00 gr.** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

**Sygn. akt: KIO 1935/18  
KIO 1948/18**

### **Uzasadnienie**

W postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego – Agencję Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa w Warszawie w trybie przetargu nieograniczonego na *zakup usługi utrzymania i rozwoju systemu informatycznego OFSA na okres 47 miesięcy* (nr postępowania: DPiZP.2610.19.2018), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 15 września 2018 r. 2018/S 178-403596, wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), zostały wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, w dniach 25 i 27 września 2018 r. odwołania wykonawców: Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie (sygn. akt KIO 1935/18) oraz Comarch Polska S.A. z siedzibą w Krakowie (sygn. akt KIO 1948/18). Zarządzeniem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 października 2018 r. sprawy zostały połączone do wspólnego rozpoznania.

Do postępowania odwoławczego przystąpili po stronie Odwołujących: DXC Technology Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (do odwołania o sygn. akt KIO 1935/18 i KIO 1948/18) oraz Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie (do odwołania o sygn. akt KIO 1948/18).

Przed otwarciem rozprawy w dniu 19.10.2018 r. Zamawiający wniósł odpowiedzi na oba odwołania, w których uwzględnił w części zarzuty (nr 2, 3, 6, 7 (w części), 10 z odwołania Asseco Poland S.A. oraz nr 3, 9, 10, 12, 17 z odwołania Comarch Polska S.A.) oraz dokonał zmiany siwz, co nastąpiło w dniach 5 i 31 października 2018r.

Odwołujący Asseco Poland S.A (sygn. akt KIO 1935) w piśmie procesowym z dnia 18.10.2018 r. cofnął przed otwarciem rozprawy zarzut nr 11 oraz na rozprawie w dniu 5 listopada 2018 r. zarzuty nr 4 i 8.

Odwołujący Comarch Polska S.A (sygn. akt KIO 1948/18) w piśmie procesowym z dnia 18.10.2018 r. cofnął przed otwarciem rozprawy zarzuty nr 8, 15, 16 oraz na rozprawie w dniu 5 listopada 2018 r. zarzuty nr 2, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12 i 13.

Uwzględniając przepis art. 186 ust. 4a Ustawy, odwołania podlegały rozpoznaniu w zakresie zarzutów, których Zamawiający nie uwzględnił, a Odwołujący nie wycofali.

**Sygn. akt KIO 1935/18**

**W odwołaniu oznaczonym sygnatura akt KIO 1935/18 Izba rozpoznała odwołanie w zakresie opisanym zarzutami z pozycji: 1, 5, 7 (w części) oraz 9 odwołania.**

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu dokonanie z naruszeniem przepisów art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1a, art. 29 ust. 1 i 2 Ustawy Pzp zapisów siwz, tj. opisu przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji siwz w zakresie i w sposób wskazany w odwołaniu.

Zarzuty dotyczą postanowień Wzoru Umowy, tj. załącznika nr 9 do siwz, wskazanych w uzasadnieniu odwołania, tj.:

Zarzut nr 1 - pkt 2.1.3 i 2.1.34 –definicja Wady.

Zgodnie z definicją „Wadą” jest każde nieprawidłowe działanie Systemu Informatycznego (SI) niezależnie od przyczyn takiej nieprawidłowości, czyli również spowodowane działaniem pracowników Zamawiającego, innych wykonawców równolegle wykonujących umowy dotyczące SI, czy też siłą wyższą. Wprowadzona definicja, jako sprzeczna z zasadami współżycia społecznego oraz dobrymi praktykami, a także naruszająca zasadę odpowiedzialności kontraktowej (art. 471 k.c.) z odpowiedzialności na zasadzie winy na odpowiedzialność na zasadzie ryzyka, dodatkowo nie uwzględnia zasad na jakich miałyby być rozstrzygnięte przez Strony, czy w SI występuje nieprawidłowość, czy też jej nie ma. Wskazane przez Zamawiającego: Awaria, Błąd Krytyczny, Błąd Niekrytyczny określają rodzaj Wady ze względu na priorytet ich obsługi. Przy obecnej definicji Awarii wykonawca na etapie sporządzania oferty nie może dokonać jej rzetelnej wyceny, gdyż nie da się na podstawie siwz oszacować liczby Awarii, a to wobec tego, że Zamawiający może dowolnie każdą Wadę uznać za Awarię, stwierdzając, że jest to „nieprawidłowe działanie”. Przy obecnej definicji Wadą jest jakaś nieprawidłowość systemu, w tym będąca wynikiem działania czy to Zamawiającego, czy to osób trzecich i taka, która nie odnosi się w ogóle do Dokumentacji. W tym przypadku opis zakresu świadczonej usługi jest otwarty i niepełny.

Odwołujący wniósł o wykreślenie z treści definicji „Awarii” frazy: *jak również nieprawidłowe działanie Środowiska lub jego elementu*, wykreślenie dotychczasowej definicji „Wady” i opisanie jej jako *brak funkcjonowania lub funkcjonowanie Systemu Informatycznego niezgodnie z jego Dokumentacją; wadą jest również stan będący rezultatem nieprawidłowej obsługi SI przez Wykonawcę oraz nieprawidłowość Dokumentacji*.

Zarzut nr 5 - pkt 6.14 wzoru umowy – obowiązki wykonawcy w okresie przejściowym – odpowiedzialność za Wady Systemu.

Ponieważ nie jest znana jakość Systemu, konstrukcja zobowiązania wykonawcy jest otwarta i nieokreślona. Wykonawca nie może odpowiadać za błędy popełnione przez innych wykonawców w produktach odebranych przez Zamawiającego na podstawie innych umów. W przypadku powzięcia wiedzy o istnieniu takich błędów wykonawca powinien je zgłosić Zamawiającemu, ale to rolą Zamawiającego jest spowodowanie ich usunięcia i przekazanie

Systemu wolnego od wad. Zgłoszenie wady powinno wiązać się ze zwolnieniem z odpowiedzialności za jej usunięcie.

Odwołujący wniósł o dokonanie zmian we Wzorze Umowy polegającej na wykreśleniu zdania *Po zakończeniu Okresu Przejściowego Wykonawca staje się odpowiedzialny również za te wady lub braki informacji, które zostały zgłoszone przez Wykonawcę zgodnie z punktem 6.14 Umowy i nie zostały usunięte przez Zamawiającego lub poprzedniego wykonawcę.*

Zarzut nr 7 – pkt. 2.3, 2.4, 2.7 załącznika 2B do Wzoru Umowy – odpowiedzialność wykonawcy za Wady Dokumentacji wytworzonej przez innych wykonawców.

Odwołujący wskazał, iż wykonawca nie powinien odpowiadać za błędy popełnione przy tworzeniu Dokumentacji, która powinna być udostępniona bez wad, jako odebrana przez Zamawiającego. Obecne postanowienia wskazują, że wolą Zamawiającego jest zwolnienie firmy COMARCH, która obecnie świadczy usługę, z wykonania obowiązku usunięcia wad w tworzonej przez ten podmiot dokumentacji.

Odwołujący wniósł o wprowadzenie zmian we Wzorze Umowy oraz załączniku nr 2b do Wzoru Umowy, które pozwolą realnie konkurować z obecnym wykonawcą.

Zarzut nr 9 – załącznik do wzoru umowy – Podręcznik stosowania metody Punktów Funkcyjnych – model IFPUG w Agencji Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa.

W rozdziale XI, pkt 1.1. wprowadzono obok kryterium „cena” kryterium „deklarowany czas przekazania oprogramowania Modyfikacji (...)”, dla których wspólnym elementem jest pojęcie Punktu Funkcyjnego IFPUG. Metoda Punktów Funkcyjnych opisana została w Podręczniku i stanowi metodę pomiaru złożoności (ilości) oprogramowania, uznawaną w branży, jako obiektywną metodę porównania cen i efektywności produkcji „ilości” oprogramowania. Zamawiający stosuje własną, rozszerzoną metodę pomiaru „ilości” oprogramowania, odbiegającą od normy ISO/IEC 14143. Koniecznym jest zatem, w ocenie Odwołującego, dołączenie istniejącego modelu IFPUG oprogramowania będącego przedmiotem planowanych usług Modyfikacji. Jego brak uprzywilejowuje dotychczasowego wykonawcę (Comarch), który z tej racji zna istniejący model, co daje mu przewagę nad konkurencją. Każda Modyfikacja bazować będzie na zmianie istniejącego oprogramowania, a „ilość” zmian będzie wymiarowana zgodnie z Podręcznikiem poprzez wyznaczenie „ilości” zmian względem istniejącego oprogramowania. Do tego niezbędne jest przeanalizowanie istniejącego modelu IFPUG, który ustanawia (wyznacza) punkt odniesienia dla przyszłych pomiarów „ilości” zmian. Ponadto, jako informacja publiczna, model ten powinien być

niezwłocznie udostępniony zgodnie z art. 13 ust. 1 Ustawy o dostępie do informacji publicznej (w terminie 14 dni od dnia złożenia wniosku).

Odwołujący wniósł o dołączenie do siwz pełnego modelu IFPUG oprogramowania Systemu Informatycznego w postaci plików projektowych narzędzia Enterprise Architect i/lub raportów z tego narzędzia uwzględniających wszystkie elementy tego modelu.

### **Sygn. akt KIO 1948/18**

#### **W odwołaniu oznaczonym sygnaturą akt KIO 1948/18 Izba rozpoznała odwołanie w zakresie opisanym zarzutami z pozycji: 1, 4, 5, 14 oraz 18 odwołania.**

Odwołujący Comarch zarzucił Zamawiającemu dokonanie z naruszeniem przepisów art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i 2 Ustawy Pzp opisu przedmiotu zamówienia, a także Wzoru Umowy regulującego sposób realizacji przedmiotu umowy w sposób niepełny, niejednoznaczny, wewnętrznie sprzeczny, co prowadzi do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i prowadzenia postępowania z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji siwz w zakresie i w sposób wskazany w uzasadnieniu.

Zarzuty dotyczą postanowień Wzoru Umowy (załącznika nr 9 do siwz), wskazanych w uzasadnieniu, tj.:

Zarzut nr 1- Wymóg dysponowania zasobami gwarantującymi zapewnienie wydajności realizacyjnej 3000 Punktów Funkcyjnych (PF) na miesiąc – w skutek czego niemożliwym jest dokonanie wyceny oferty (zał. 4C wzoru umowy).

Zamawiający ustalił sposób wynagrodzenia za usługę wchodzącą w skład Modyfikacji (G4) za wykorzystaną liczbę PF, a nie w sposób ryczałtowy (§ 8 pkt 8.10 wzoru umowy). Wskazany wymóg z załącznika 4C nakłada na wykonawcę obowiązek utrzymywania przez cały okres umowy zespołu zdolnego do wykonania tych Modyfikacji, przy jednoczesnym ryzyku, że zespół ten nie zostanie w całości wykorzystany, a Wykonawca będzie ponosił koszty jego utrzymania (zespół ponad 100 osób). Zespół dedykowany usłudze G4 nie może być wykorzystany do innych zadań. Przynajmniej część tego zespołu musi pozostawać cały czas w gotowości do realizacji zleceń, aby nie narażać wykonawcy na kary umowne. Jednocześnie sposób rozliczania „Modyfikacji”, tj. za wykonane produkty, stosownie do liczby PF zużytych do ich realizacji, uniemożliwia wycenę usługi wymagającej zapewnienia gotowości realizacyjnej. Nie ma odrębnej pozycji w formularzu wyceny, w której można byłoby uwzględnić koszt utrzymania zespołu w gotowości, a które mogą przekraczać kilkaset tysięcy złotych miesięcznie. Kosztu tego nie sposób przełożyć na cenę PF, gdyż nie wiadomo ile PF zostanie ostatecznie zamówione. W formularzu oferty określona liczba

46 287 PF stanowi wartość szacunkową służącą porównaniu ofert i może być zmniejszona po dokonanej ocenie ofert. Konieczność pozostawania w gotowości do realizacji 3000 PF/miesięcznie w ocenie Odwołującego nie jest uzasadniona realnymi potrzebami Zamawiającego. Gdyby podzielić liczbę 46 287 PF przez 44 miesiące, średnia miesięczna wyniosłaby 1051,98 PF. Oznaczałoby to, że wykorzystując pulę 3000 PF miesięcznie po około 15,42 miesiąca wykorzystana zostałaby cała pula, a przez pozostałe 28 miesięcy wykonawca utrzymywałby bez celu gotowość na poziomie 3000 PF. Kosztu tego nie można uwzględnić w koszcie innej usługi, co byłoby czynem nieuczciwej konkurencji rozumianym, jako przerzucenie kosztu do pozycji rozliczanych ryczałtem. Brak możliwości uwzględnienia kosztu w cenie oferty prowadzić będzie do świadczenia usługi pod tytułem darmym, co jest sprzeczne z art. 2 pt 13 Pzp. Odwołujący nie neguje samej istoty wymagania ale postuluje dokonanie takich zmian w siwz, aby było możliwe obliczenie i uwzględnienie tego kosztu w cenie oferty. Może to nastąpić przez określenie pozycji kosztowej w ramach Grupy Usług Rozwoju (Modyfikacji) (G4) z zapewnieniem całkowitej wydajności realizacyjnej na poziomie minimum 3000PF miesięcznie. Inną możliwością jest urealnienie wielkości wymaganej maksymalnej zdolności wytwórczej i zadeklarowanej przez Zamawiającego, jako zagwarantowanej do zamówienia miesięcznie (np. minimalnej zamawianej miesięcznie na poziomie 1000PF i maksymalnej zdolności wytwórczej na poziomie 2000PF). Zamawiający mógłby również zrezygnować z określenia sztywnej liczby PF w ramach maksymalnej gwarantowanej zdolności wytwórczej i zastąpić ją mechanizmem, w którym to wykonawca w danym miesiącu określi, jaką posiada zdolność wytwórczą (ile jest w stanie wytworzyć PF posiadającym zespołem).

Zarzut nr 4: Zawarcie w kryteriach oceny ofert i w procedurze wyceny modyfikacji deklaracji sztywnego powiązania rozmiaru Modyfikacji z czasem jej realizacji

Zamawiający ustalił kryterium oceny ofert „Deklarowany czas przekazania oprogramowania Modyfikacji do Testów Akceptacyjnych” o wadze 24%, w którym oceniany będzie deklarowany przez wykonawcę czas wyliczony w Punktach Funkcyjnych (PF). Zamawiający określił przedziały dni roboczych dla Modyfikacji w zależności od ich rozmiaru wymiarowanego w PF (tabele 1-6). W ocenie Odwołującego wskazane kryterium jest niemożliwe do oszacowania i nie daje tym samym wykonawcom możliwości złożenia oferty. Wynika to z faktu, iż Zamawiający posłużył się zmodyfikowaną metodą PF IFPUG, co uniemożliwia oszacowanie czasu realizacji Modyfikacji wymiarowanej z użyciem PF. Podręcznik nie był dotychczas stosowany, zatem wykonawcy nie posiadają żadnych statystyk pozwalających określić jak jeden PF będzie pracochłonny i czasochłonny do wykonania. Zgodnie z nowym podręcznikiem ta sama funkcjonalność wymiarowana będzie inną liczbą PF. Z uwagi na jej statystyczny charakter nie można wykluczyć, iż dwie



Modyfikacje o tej samej złożoności będą realizowane w różnym czasie. Zamawiający natomiast zamierza egzekwować i karać wykonawcę za niedotrzymanie zadeklarowanych terminów. W ocenie Odwołującego bardziej odzwierciedlającym rzeczywistość i możliwym do oszacowania parametrem byłoby przyjęcie średniej relacji czasu realizacji do liczby PF, egzekwowanej np. w interwale miesięcznym.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji kryterium oceny ofert, a także pkt 8 załącznika 4C do siwz w ten sposób, aby kryterium oceny był uśredniony statystycznie czas realizacji Modyfikacji względem ich rozmiaru w Punktach Funkcyjnych.

Zarzut nr 5 - sformułowanie w ramach kryterium ceny ofert „deklarowany czas przekazania oprogramowania Modyfikacji do Testów Akceptacyjnych” i w procedurze wyceny Modyfikacji schodkowych przedziałów powiązania rozmiaru Modyfikacji z czasem jej realizacji.

Z uwagi na podane przedziały czasów, w jakich miałyby zostać wykonane Modyfikacje, opisane dla ustalonych progów PF (np. 54 dni robocze dla Modyfikacji zwymiarowanej ilością 600 PF, a dla Modyfikacji wynoszącej 601 PF najkrótszy możliwy czas to 80 dni roboczych) siwz nie znajduje oparcia w metodyce i jest nieuzasadniona i niecelowa. Przyjęte przedziały dni roboczych przyjęte zostały arbitralnie przez Zamawiającego i są bardzo wąskie (odpowiednio dwa, cztery, sześć, dziesięć i dwadzieścia dni roboczych). Taka konstrukcja nie daje możliwości zadeklarowania rzeczywistych obliczonych lub oszacowanych czasów realizacji dla danego wymiaru określonego w PF. Wykonawcy nie mogą określić rzeczywistego (wynikającego z doświadczenia) czasu realizacji prac.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji kryterium oceny ofert, a także pkt 8 załącznika nr 4C do siwz w ten sposób, aby kryterium oceny był deklarowany parametr odzwierciedlający w sposób ciągły relację czasu realizacji Modyfikacji względem ich rozmiaru w PF.

Zarzut nr 14 – wymaganie utrzymania stałych zespołów realizujących usługi przy jednoczesnym uprawnieniu do jednostronnego zawieszenia świadczenia usług.

Zgodnie z zapisami pkt 3.7 Wzoru Umowy Zamawiający uprawniony jest do jednostronnego zawieszenia świadczenia wykonawcy w odniesieniu do Grupy Usług Utrzymania Środowisk (G1) oraz Grupy Usług Administracji Systemem Informatycznym (G3), na co Wykonawca wyraża zgodę. W takiej sytuacji wykonawcy nie należy się wynagrodzenie ryczałtowe przypisane do tej Grupy Usług. Zamawiający uprawniony będzie również do jednostronnego wznowienia Usług z co najmniej 3 miesięcznym wyprzedzeniem.

Oznacza to, że Zamawiający w dowolnym momencie może zawiesić i w dowolnym momencie odwieść obowiązek świadczenia Usług G1 i G3 i to na dowolny okres. W

skrajnym przypadku może w ogóle nie dojść do świadczenia tych Usług. Okres świadczenia Usługi stanowi kluczowy parametr uwzględniany przy szacowaniu zasobów niezbędnych do świadczenia Usług oraz związane z tym koszty. W efekcie tych postanowień wykonawcy nie jest znany pewny zakres zamówienia, co naraża na poniesienie kosztów związanych z utrzymaniem w pełnej gotowości zasobów dedykowanych do świadczenia tych Usług przez cały okres trwania umowy. Zapisy siwz uniemożliwiają kalkulację i rzetelne przygotowanie oferty. Wykonawca nie ma żadnej pewności otrzymania wynagrodzenia, ma za to pewność ponoszenia kosztów pozostawania w gotowości (zatrudnienia pracowników).

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji przez doprecyzowanie postanowień pkt 3.7 Wzoru Umowy w ten sposób, aby Zamawiający był uprawniony do zawieszenia świadczenia Usług nie częściej niż dwukrotnie w trakcie trwania Umowy dla danej Grupy Usług, przy czym łączny czas zawieszenia danej Grupy Usług nie powinien przekraczać sześciu miesięcy, a wznowienie świadczenia danej Usługi poprzedzone było cztero, a nie trzymiesięczną notyfikacją.

Zarzut nr 18 – pkt 16 Wzoru Umowy – nieprecyzyjne i potencjalnie groźne dla wykonawcy postanowienia z punktu widzenia ochrony know-how i tajemnicy przedsiębiorstwa.

Zamawiający zastrzegł, iż Zamawiający oraz Wykonawca są uprawnieni do korzystania z informacji oraz danych uzyskanych od drugiej Strony, w tym informacji wrażliwych w celach bezpośrednio związanych z obsługą Systemu Informatycznego. W szczególności Zamawiający może ujawniać takie informacje innym dostawcom oraz wykonawcom, którzy będą świadczyć usługi w odniesieniu do SI na podstawie innej umowy. Strona udostępniająca zawrze z podmiotem otrzymującym informacje umowę o zachowaniu poufności na zasadach co najmniej takich, jak zasady określone w pkt 16 Umowy. Zakres informacji nie może być szerszy niż niezbędny.

Wskazane zapisy dotyczą wrażliwych informacji, a zatem stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy. Know-how i informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa nie powinny być ujawniane podmiotowi przejmującemu świadczenie usług. To informacje wewnętrzne, własna wiedza wykonawcy na temat tego, jak wykonywać we własnej organizacji określone czynności i nie ma potrzeby się nimi dzielić z innym podmiotem. Nie stanowi know-how wiedza o usługach, które były świadczone na rzecz Zamawiającego i mają być przejęte przez Zamawiającego lub nowego wykonawcę. Zgodnie z dobrymi praktykami informacje te powinny być przekazane w ramach transferu wiedzy przez wykonawcę dotychczas świadczącego usługi.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany pkt 16.8 Wzoru Umowy w sposób wskazany przez Odwołującego, przez wyłączenie transferu know-how Wykonawcy oraz informacji wrażliwych (tajemnicy przedsiębiorstwa).

### **Stanowisko Izby**

Do rozpoznania odwołań zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986), tj. po zmianie dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1020), zwanej dalej „Ustawą”.

Izba nie dopatrzyła się przesłanek do odrzucenia odwołań, które zostały skierowane na rozprawę w zakresie zarzutów podlegających rozpoznaniu, tj. nieuwzględnionych przez Zamawiającego i niewycofanych przez Odwołujących.

Rozpoznając odwołania Izba uwzględniła stan faktyczny wynikający z treści postanowień siwz w brzmieniu obowiązującym na dzień wydania orzeczenia, tj. z uwzględnieniem zmian dokonanych już po wniesieniu odwołań.

### **Izba ustaliła.**

Przedmiot zamówienia stanowi usługa utrzymania i rozwoju systemu informatycznego OFSA na okres 47 miesięcy, świadczona w podziale na grupy: G1 (Grupa Usług Utrzymania Środowisk: Usługa Administracji Środowiskami (G1U1), Usługa Monitorowania Dostępności i Wydajności (G1U2), Usługa Instalacji (G1U3)); G2 (Grupa Usług Zapewnienia Jakości: Usługa Usuwania Wad (G2U2), Usługa Zarządzania Kodem i Dokumentacją (G2U2), Usługa Integracji i Certyfikacji (G2U3)); G3 (Grupa Usług Administracji Systemem Informatycznym), G4 (Grupa Usług Rozwoju/Modyfikacji). Niezależnie od powyższych grup, w zakres Usług wchodzi również: Usługi Zleceń Operacyjnych, Usługi Okresu Przejściowego, Usługi związane z Przekazaniem Usług. Usługa Modyfikacji (G4) stanowić musi 61,38% ceny oferty. Realizacja Usługi Modyfikacji będzie wynikała z bieżących potrzeb Zamawiającego (pkt 2 siwz).

Usługi z grup G1, G2, G3 rozliczane są wynagrodzeniem miesięcznym (ryczałtowym). W sytuacji, gdy Usługa nie będzie świadczona przez okres pełnego miesiąca, wynagrodzenie za Usługi z grup G1, G2 oraz G3 (z wyłączeniem Usługi Integracji i Certyfikacji) zostanie ustalone na poziomie odpowiadającym iloczynowi dni oraz 1/30 miesięcznej stawki ryczałtowej (pkt 8.9 wzoru umowy). Zamawiający zabezpieczył budżet na zwiększenie ryczałtu miesięcznego za Usługi G1U1 i G1U2, w sytuacji zmiany liczby elementów Środowiska Produkcyjnego (Tabela III formularza ofertowego). W przypadku zmiany liczby

elementów Środowiska Produkcyjnego, w stosunku do liczby określonej w załączniku nr 10 do Umowy, ryczałt miesięczny dla Usługi Administracji Środowiskami lub Usługi Monitorowania Dostępności i Wydajności ulegnie zmniejszeniu lub zwiększeniu (pkt. 8.13). Zwiększenie/zmniejszenie ryczałtu miesięcznego każdorazowo odpowiednio zwiększy/zmniejszy wynagrodzenie za te Usługi i jednocześnie pomniejszy/powiększy budżet na zwiększenie ryczałtu miesięcznego (załącznik nr 8, poz. 6 tabeli). Zgodnie z pkt 8.17 Zamawiający zastrzegł sobie możliwość zmiany łącznego wynagrodzenia brutto dla poszczególnych Usług, poprzez przeniesienie środków pomiędzy tymi Usługami.

Usługa Zleceń Operacyjnych rozliczana będzie roboczodniem, natomiast wynagrodzenie z tytułu wykonania Usługi Modyfikacji (G4) stanowić będzie iloczyn Punktów Funkcyjnych zatwierdzonych przez Zamawiającego dla danej Modyfikacji oraz jednostkowej stawki Punktu Funkcyjnego wskazanej w formularzu oferty.

Zgodnie z rozdziałem II siwz Zamawiający wymaga realizacji zamówienia w terminie 47 miesięcy od daty podpisania Umowy lub do wyczerpania kwoty wynagrodzenia brutto, o którym mowa w pkt 8.1 Wzoru Umowy. Zamawiający przewidział w pkt I.4 siwz możliwość udzielenia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 6 Ustawy zamówienia z wolnej ręki wykonawcy usług w okresie 3 lat od dnia udzielenia zamówienia.

#### **W odniesieniu do poszczególnych zarzutów Izba zważyła.**

##### Sygn. akt KIO 1935/18

Ad. 1 – definicja Wady.

*„Awaria - oznacza Wadę powodującą brak możliwości wykorzystywania którejkolwiek z funkcji Aplikacji w danym momencie przez wszystkich użytkowników w przynajmniej jednej lokalizacji Zamawiającego [Biuro Powiatowe (BP) lub Oddział Regionalny (OR) lub Centrala], jak również nieprawidłowe działanie Środowiska lub jego elementu”*

*„Wada - każda nieprawidłowość Systemu Informatycznego bądź nieprawidłowość Dokumentacji, w tym: Awaria, Błąd Krytyczny, Błąd Niekrytyczny; Wadą jest również stan będący rezultatem nieprawidłowej obsługi SI przez Wykonawcę”*

W załączniku 2A do wzoru umowy opisana została szczegółowo Usługa Usuwania Wad (G2U1), stanowiąca grupę Usług Zapewnienia Jakości, której celem jest zapewnienie niezawodnego i optymalnego funkcjonowania Systemu Informatycznego, usuwanie Błędów występujących w Systemie Informatycznym, pielęgnacja Systemu Informatycznego poprzez wykonywanie czynności związanych z obsługą Zgłoszeń, usuwaniem Wad, nadzorem nad całością kodu źródłowego i Dokumentacji, a także wdrażanie do Systemu Informatycznego i Dokumentacji produktów niewykonanych przez Wykonawcę oraz przejęcie przez Wykonawcę odpowiedzialności za ich właściwą integrację z SI i Dokumentacją oraz dalsze

utrzymanie. Usługi G2U1 realizowane będą na podstawie Zgłoszenia od Zamawiającego po przeprowadzeniu weryfikacji przyczyny Zgłoszenia i potwierdzenia przez Wykonawcę istnienia Wady. Jeżeli zgłoszenie nie dotyczyć będzie Wady, wykonawca poinformuje o tym fakcie Zamawiającego wskazując uzasadnienie dokonanej oceny lub przypisze zgłoszenie do odpowiedniej Usługi (pkt 2.2.4.1 i 2.2.4.2). Zgodnie z pkt 2.2.5.7 *za usunięcie Wady uznaje się usunięcie Wady w Systemie Informatycznym (skuteczne wdrożenie skutecznej Poprawki w Środowisku Produkcyjnym), wraz z usunięciem wszystkich skutków Wady, które powstały również podczas świadczenia usług przez poprzedniego Wykonawcę*. Do Czasu Realizacji Zgłoszenia wlicza się prace związane z przygotowaniem Poprawki, jej zainstalowania i przetestowania na środowisku testowym Zamawiającego (pkt 2.2.5.3). Jeżeli istnieje możliwość przywrócenia działania Systemu Informatycznego poprzez zastosowanie obejścia (tymczasowego usunięcia Wady zapewniającego możliwość realizacji funkcji Systemu Informatycznego mimo pewnych utrudnień w użytkowaniu go) w terminie krótszym, niż wynika to z kategorii Zgłoszenia, Wykonawca jest zobowiązany do podjęcia takiego działania niezwłocznie (pkt 2.2.6). Zamawiający przewidział możliwość uzgodnienia odrębnego terminu dla usuwania skutków Wad (pkt 5.2.1 – obsługa zgłoszeń).

Istota zarzutu sprowadzała się do kwestionowania możliwości objęcia definicją Wady stanu nieprawidłowości działania SI, która nie byłaby odniesiona do Dokumentacji opisującej ten system. Według Odwołującego przy obecnej definicji Awarii Wykonawca na etapie oferty nie może dokonać rzetelnej wyceny oferty, gdyż nie da się na podstawie siwz oszacować liczby Awarii, a to wobec tego, że Zamawiający może dowolnie każdą Wadę uznać za Awarię, stwierdzając, że jest to „nieprawidłowe działanie”. Przy obecnej definicji Wadą jest jakaś nieprawidłowość systemu, w tym będąca wynikiem działania czy to Zamawiającego, czy to osób trzecich i taka, która nie odnosi się w ogóle do Dokumentacji. W tym przypadku opis zakresu świadczonej usługi jest otwarty i niepełny.

Zamawiający bezzasadność zarzutu opierał na wykazaniu, że sama definicja Wady, jest prawidłowa i wskazuje na zdarzenia zdefiniowane związane z Dokumentacją, takie jak Awaria, Błąd Krytyczny i Błąd Niekrytyczny. Zamawiający w wielu miejscach specyfikacji używa definicji Wady do zidentyfikowania różnych zdarzeń, z którymi ma się wiązać lub nie odpowiedzialność Wykonawcy za wykonane prace. W jego ocenie Odwołujący powinien był wskazać te zapisy siwz, które miałyby zagrażać interesom Wykonawcy, co pozwoliłoby odnieść się do konkretnych postanowień i wynikających z nich obowiązków Wykonawcy.

Izba oddaliła odwołanie.

Decydującą była ocena, czy przyjęta na potrzeby ustalenia zakresu zobowiązania Wykonawcy, stanowiącego przedmiot świadczenia utrzymania prawidłowego działania systemu, definicja Wady mogła prowadzić do naruszenia art. 29 oraz 7 Ustawy. Odwołujący nie kwestionowała samego zobowiązania dotyczącego usuwania Wad Systemu IT, stanowiącego istotę zamówienia na utrzymanie w kolejnym okresie działającego już systemu. Wątpliwości jakie podnosił sprowadzały się zasadniczo do wykazania, iż definicja Wady umożliwi Zamawiającemu swobodne obciążanie Wykonawcy obowiązkiem usuwania wszelkich nieprawidłowości w działaniu systemu, niezależnie od ustalenia, czy zgodnie z dokumentacją systemu za taką wadę mogą być uznane. Źródłem tych wątpliwości jest ujęcie definicji w sposób otwarty, tj. pozostawiając w jej zasięgu nie tylko nieprawidłowości, które opisane są zdarzeniami ujętymi w Dokumentacji Systemu, ale również wszelkimi innymi, jeżeli miałyby one wpływ na prawidłowe działanie systemu. Zasadniczym argumentem podnoszonym przez Odwołującego był brak możliwości wyceny kosztów usługi usuwania Wad, co jednocześnie miało świadczyć o uprzywilejowaniu obecnego wykonawcy, tj. spółki Comarch, który miał mieć szerszą wiedzę o ilości występujących Wad. Żądanie zmiany sformułowane w odwołaniu zmierza do tego, aby zdefiniować Wadę, jako *brak funkcjonowania lub funkcjonowanie Systemu Informatycznego niezgodnie z jego Dokumentacją; wadą jest również stan będący rezultatem nieprawidłowej obsługi SI przez Wykonawcę oraz nieprawidłowość Dokumentacji*. Zasadniczo Odwołujący zmierzał do wykazania, iż definicja powinna odwoływać się do obiektywnego miernika, jakim jest Dokumentacja Systemu.

Izba zauważa, iż zarzutem objęto samą definicję Wady bez dalszych zapisów siwz w tym załącznika nr 2A do Wzoru Umowy, które pozwoliłyby na ocenę jej skutków z punktu widzenia odpowiedzialności kontraktowej Wykonawcy. Zasadniczo na tej podstawie Izba nie mogła ocenić, czy rozumienie Wady jako każdej nieprawidłowości w działaniu Systemu Informatycznego prowadzi do niejednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia, wymagającej ingerencji w postaci usunięcia tego fragmentu z opisu definicji. Wykonawca nie wskazał żadnych postanowień siwz, na podstawie których możliwe byłoby stwierdzenie, iż Zamawiający dopuścił się naruszenia ogólnych zasad kontraktowych. Z drugiej strony Izba uwzględniła potrzebę zabezpieczenia celu zamówienia opisanego w preambule, jako zapewnienie ciągłego, bezawaryjnego i sprawnego korzystania z Systemu Informatycznego. Zamawiający zwrócił uwagę, iż funkcjonujący system był utrzymywany i rozwijany przez różnych wykonawców, co wymusza konieczność dostosowania metody świadczenia Usługi do aktualnego rozwoju SI, jak również współpracy z wykonawcą, który bezpośrednio przez Wykonawcę zajmował się utrzymaniem systemu (pkt 1.7 i 1.4 Preambuły).

Zgodnie z zapisami załącznika 2A dotyczącego Usługi Usuwania Wad (G2U1) działanie Wykonawcy polegać ma na wykonywaniu czynności związanych z obsługą Zgłoszeń, usuwaniem Wad, nadzorem nad całością kodu źródłowego i Dokumentacji, a także wdrażaniu do Systemu Informatycznego i Dokumentacji produktów niewykonanych przez Wykonawcę oraz przejęcie przez Wykonawcę odpowiedzialności za ich właściwą integrację z SI i Dokumentacją oraz dalsze utrzymanie. Odwołujący nie zgłaszał zastrzeżeń co do sposobu ujęcia jego obowiązków w zapisach załącznika, kwestionując dopuszczalność odwołania się w definicji do zdarzeń opisanych jako nieprawidłowość Systemu Informatycznego. Zmiana definicji, w ocenie Izby, istotnie zmieniałoby optykę zobowiązania Wykonawcy do usunięcia Wad, jak również pozostałych obowiązków jakie wiążą się z utrzymaniem systemu w stanie bezawaryjnym od momentu przejścia odpowiedzialności za ten system. Istota przedmiotowego zamówienia, które dotyczy systemu działającego i stale rozwijanego z udziałem różnych podmiotów, wskazuje na konieczność uwzględnienia bagażu jaki wiąże się z przejęciem systemu w celu jego dalszego utrzymania i rozwoju. Nie można wykluczyć sytuacji, iż przejmowany system jest w momencie podpisania umowy „innym” system od opisanego w Dokumentacji Systemu. Wynikać to może chociażby z dokonywanych w okresie przejściowym zmian, czy też braków w dotychczasowej Dokumentacji. W ocenie składu orzekającego, ograniczenie się wyłącznie do Dokumentacji nie jest właściwe z tego tytułu, iż przedmiotem zamówienia jest przede wszystkim System Informatyczny, którego zapewnienie prawidłowego działania stanowi efekt i cel tego zamówienia. Dokumentacja stanowi natomiast jego wtórny obraz i stanowi jedynie jego opis. Ograniczenie Wady Systemu Informatycznego wyłącznie do nieprawidłowości ocenianej z punktu widzenia Dokumentacji, w ocenie Izby stanowiłoby istotną zmianę, której skutków bez odniesienia się do pozostałych zapisów siwz, nie można oceniać. Podnoszony argument mający wskazywać na dowolność, czy też arbitralność decyzji Zamawiającego nie broni się w świetle przywołanych zapisów załącznika 2A do Wzoru Umowy. Zgodnie z tymi zasadami to Wykonawca dokonywać będzie weryfikacji przyczyn Zgłoszenia i potwierdzać istnienie Wady, jak również przypisywać Zgłoszenie do odpowiedniej Usługi (pkt 2.2.4.1 i 2.2.4.2). Zgodnie z pkt 2.2.5.7 *za usunięcie Wady uznaje się usunięcie Wady w Systemie Informatycznym (skuteczne wdrożenie skutecznej Poprawki w Środowisku Produkcyjnym), wraz z usunięciem wszystkich skutków Wady, które powstały również podczas świadczenia usług przez poprzedniego Wykonawcę*. Zapis ten wskazuje na istotną kwestię, która nie powinna umknąć przy ocenie skutków ujęcia definicji Wady, tj. istnienia odpowiedzialności za system, jako produkt powstały z udziałem różnych podmiotów w różnym czasie, co może oznaczać konieczność podejmowania działań naprawczych przez nowego wykonawcę również wobec już wcześniej wykonanych prac. Trudno w oparciu o samą definicję przyjąć, iż opis przedmiotu zamówienia nie gwarantuje zachowania zasad uczciwej konkurencji, czy

też równego traktowania wykonawców. W ocenie Izby argumenty podniesione przez Odwołującego nie przekonywały i w związku z tym zarzut podniesiony w tym zakresie Izba oddaliła, jako nieudowodniony.

Izba uznała, iż sposób ujęcia definicji Wady nie narusza przepisów Ustawy w ten sposób, że czyni opis przedmiotu zamówienia niejasnym, czy też wskazuje na uprzywilejowanie obecnego wykonawcy usługi. Zapis warunków umowy jest jasny w swojej treści i wskazuje na konieczność usuwania wszelkich Wad w działaniu systemu IT, które powstaną w trakcie trwania umowy. Uznanie, jak chciał to Odwołujący, iż tylko nieprawidłowości opisane w Dokumentacji Systemu byłyby objęte zobowiązaniem Wykonawcy mogłoby prowadzić do sytuacji, w której Zamawiający nie mógłby wyegzekwować od Wykonawcy obsługującego system podjęcia działań naprawczych. Faktycznie oznaczałoby to, że pomimo zawartej umowy Zamawiający nie miałby zabezpieczonego prawidłowego działania systemu. Mając na uwadze specyfikę zamówienia obejmującego usługę usuwania nieprawidłowości w działaniu systemu IT, próba ograniczania zakresu Wad objętych zamówieniem prowadzić może do ryzyka utraty funkcjonalności systemu. W ocenie Izby definicja Wady nie uprawnia do wniosku, iż obecnie świadczący usługę podmiot, posiada szerszą wiedzę co do możliwych do wystąpienia wad, a przez to jako jedyny może oszacować w sposób prawidłowy koszt usługi. Przede wszystkim brak jest logicznego uzasadnienia dla postawionej tezy, iż wykonawca ten wie ile Wad w systemie może wystąpić w trakcie realizacji umowy. Jako zdarzenie niepewne może powodować sytuację, w której każdy z zainteresowanych oszacuje w sposób indywidualny ryzyko jak i koszty tej Usługi. Każdy wykonawca, który będzie świadczył usługę w kolejnych 44 miesiącach musi spodziewać się różnego natężenia prac dotyczących usuwania Wad, co nie czyni jeszcze opisu przedmiotu zamówienia niezgodnym z Ustawą.

Ad. 5 – obowiązki Wykonawcy w okresie przejściowym – odpowiedzialność za Wady Systemu opisane w pkt 6.14 i 6.15 załącznika nr 9 do siwz (Wzór Umowy).

*„6.14 Wykonawca w trakcie Okresu Przejściowego jest zobowiązany do weryfikacji, czy przejmowany przez niego System informatyczny nie posiada wad i czy poprzedni wykonawca przekazał Wykonawcy wszelkie informacje, które będą potrzebne do należytego świadczenia Usług. Jeżeli Wykonawca stwierdza istnienie wady lub brak informacji, które są potrzebne do należytego świadczenia Usług, to jest zobowiązany, aby w trakcie Okresu Przejściowego zgłosić taki brak Zamawiającemu oraz żądać usunięcia wady lub dostarczenia informacji potrzebnych do należytego świadczenia Usług od poprzedniego wykonawcy. Nieusunięcie wad lub niedostarczenie informacji, o których mowa w poprzednim zdaniu, nie zwalnia Wykonawcy z zobowiązania do należytego świadczenia Usług.*

*6.15 Strony zgodnie postanawiają, że brak zgłoszenia żądań usunięcia wady lub dostarczenia*



*informacji potwierdza przekazanie Wykonawcy Systemu informatycznego wraz ze wszystkimi informacjami (w tym Dokumentacją) w stanie, który umożliwiające należyte świadczenie Usług po Okresie Przejściowym. Po zakończeniu Okresu Przejściowego Wykonawca jest odpowiedzialny za wszelkie wady Systemu Informatycznego i Dokumentacji. Po zakończeniu Okresu Przejściowego Wykonawca staje się odpowiedzialny również za te wady lub braki informacji, które zostały zgłoszone przez Wykonawcę zgodnie z punktem 6.14 Umowy i nie zostały usunięte przez Zamawiającego lub poprzedniego wykonawcę."*

Zasadniczym z punktu widzenia postawionego zarzutu jest stwierdzenie Odwołującego ujęte w odwołaniu, iż Wykonawca nie może odpowiadać za błędy popełnione przez innych wykonawców w produktach odebranych przez Zamawiającego na podstawie innych umów. Skutkiem takiego ujęcia obowiązków nowego Wykonawcy byłoby nałożenie na Zamawiającego obowiązku dochodzenia od wcześniejszych Wykonawców usunięcia Wad systemu, które zostałyby zgłoszone przez obecnego Wykonawcę w okresie przejściowym. Zamawiający przewidział okres przejściowy, wynoszący 3 miesiące od podpisania Umowy, w którym to Wykonawca ma możliwość zapoznania się z Systemem i zgłoszenia uwag o jego działaniu, które mógłby następnie Zamawiający przekazać poprzedniemu wykonawcy. Chociaż okres 3 miesięcy, czy też nawet 6, może nie wystarczać do wykrycia wszystkich błędów Systemu, które mogą pojawić się w każdym czasie, w szczególności przy dokonywanych Modyfikacjach Systemu, Zamawiający przyjął, iż to nowy Wykonawca bierze na siebie ciężar i bagaż prac dotychczas wykonanych, jako odpowiedzialny za prawidłowe działanie Systemu w okresie kolejnych 44 miesięcy.

Oddalając odwołanie Izba uznała, iż specyfika przedmiotowej Usługi związanej z utrzymaniem rozbudowywanego systemu informatycznego uzasadnia taki sposób rozkładu odpowiedzialności, gdyż Zamawiający nie może, w inny sposób zabezpieczyć się przed ewentualnymi skutkami wadliwości systemu po jego przejęciu przez nowego Wykonawcę. Żądanie Odwołującego nie może być zrealizowane w sposób, w jaki wskazuje w treści odwołania, gdyż prowadziłoby to do tego, że Zamawiający musiałby zarządzać systemem, tj. monitorować wykryte wadliwości i oczekiwać od pierwszego Wykonawcy przyjęcia odpowiedzialności za błędy, co jest trudne do wykazania i zweryfikowania już w trakcie dokonywanych Modyfikacji i wprowadzonych zmian w Systemie po jego odebraniu przez nowego Wykonawcę. Izba miała na uwadze konieczność zapewnienia osiągnięcia, celu usługi usuwania Wad stanowiącej obok Usługi Modyfikacji, czy też utrzymania przedmiot zamówienia, którym jest zabezpieczenie niezawodnego działania systemu informatycznego. Tym czasem zmiana do jakiej doprowadziłoby usunięcie obowiązku wynikającego z pkt 6.14, w sposób istotny zmieniałaby zakres prac, których celem jest tworzenie Systemu i jego utrzymanie, gwarantujące prawidłowe działanie. Skoro przedmiotem Umowy ma być

świadczenie usługi utrzymania i rozwoju systemu informatycznego w kolejnym okresie jego eksploatacji, to wszelkie Wady jakie system ten posiada lub powstaną na skutek dokonywanych Modyfikacji, obciążać będą w takim samym stopniu każdego wykonawcę, z jakim podpisana zostanie umowa w sprawie zamówienia publicznego. Istotnym pozostaje przede wszystkim zapewnienie prawidłowego działania systemu, co wymaga od nowego wykonawcy gotowości podjęcia odpowiedzialności za pełne spektrum usterek, uchybień lub nieprawidłowości systemu, które dotychczas nie wystąpiły lub nie zostały usunięte w związku z wygaśnięciem umowy zawartej z dotychczasowym wykonawcą. Próba ograniczenia zakresu odpowiedzialności wykonawcy do zdarzeń, jakie wystąpią już po zawarciu z nim umowy, ponownie może stwarzać zagrożenie dla dalszego rozwoju i działania systemu podlegającego stałym zmianom w miarę zmiany potrzeb Zamawiającego. Odwołujący nie wykazał zasadności zarzutu, w szczególności nie wykazał, aby obecny wykonawca znajdował się w uprzywilejowanej sytuacji. Obawy związane ze sposobem wykonywania obowiązków przez dotychczasowego wykonawcę nie uzasadniają zmiany zasad przejęcia odpowiedzialności przez nowego wykonawcę, który nie jest autorem całości zmian dotychczas wprowadzonych. Próba poszukiwania odpowiedzialnego za ewentualne błędy w okresie przejściowym może stanowić mechanizm blokujący sprawne działanie systemu. Izba nie znalazła potwierdzenia dla tezy, iż dotychczasowy wykonawca ma mieć pełną wiedzę co do ilości błędów, jakim dotknięty jest system. Skoro system działa i jest stale rozwijany nie można a priori zakładać, iż błędy jakie mogą wystąpić stanowią efekt działań wcześniejszego wykonawcy, a nie - tkwiących w systemie założeń lub rozwiązań, które uwidocznia się w trakcie jego pracy. Nowy wykonawca powinien być gotowy przyjąć w sposób płynny po zawarciu umowy z Zamawiającym odpowiedzialność za dalszą pracę z systemem.

Ad. 7 – odpowiedzialność Wykonawcy za Wady Dokumentacji wytworzonej przez innych Wykonawców (pkt. 2.3, 2.4, 2.7 załącznika 2B do Wzoru Umowy).

Odwołujący wskazał, iż wykonawca nie powinien odpowiadać za błędy popełnione przy tworzeniu Dokumentacji, która powinna być udostępniona bez wad, jako odebrana przez Zamawiającego. Obecne postanowienia wskazują, że wolą Zamawiającego jest zwolnienie firmy COMARCH, która obecnie świadczy usługę z wykonania obowiązku usunięcia wad w tworzonej przez ten podmiot dokumentacji.

Zgodnie ze wskazanymi zapisami załącznika 2B do Wzoru Umowy:

*„2.3 W celu uniknięcia wątpliwości Strony potwierdzają, że usuwanie Wad Dokumentacji i dokumentacji projektowej realizowane jest przez Wykonawcę w ramach wynagrodzenia ryczałtowego bez względu na to czy Wykonawca ponosi odpowiedzialność za powstanie Wady Dokumentacji.”*

*„2.4 W trakcie obowiązywania Umowy Wykonawca zobowiązany jest do ciągłej weryfikacji i uzupełniania całej Dokumentacji zgodnie z zasadami określonymi w Załącznikach nr 4B, 4D oraz 4F-4H do Umowy.”*

*„2.7 Obowiązki opisane w niniejszym Załączniku obejmują całość Dokumentacji, tym Dokumentację przekazaną na dzień rozpoczęcia świadczenia Usług według stanu jej przekazania, dokumentację wytwarzaną przez Wykonawcę, przekazywaną Wykonawcy przez Zamawiającego oraz inne podmioty, w tym podmioty świadczące Usługi należące do innych grup Usług.”*

Zamawiający wskazywał, iż Dokumentacja stanowi podstawę do przyjęcia systemu przez nowego Wykonawcę i jest przekazana już w tej chwili, jednak wymagać będzie aktualizacji o dokonane w tym okresie Modyfikacje. Wyjaśniał, że jest to podyktowane tym, że system jest nadal obsługiwany, dokonywane są Modyfikacje przez obecnego wykonawcę, a zatem żądanie, aby Zamawiający przedstawił aktualną dokumentację, już w momencie ogłoszenia postępowania jest żądaniem nie możliwym do wykonania przy założeniu, iż dokumentacja musi być aktualna na monet wyboru oferty i zawarcia umowy z nowym wykonawcą. Ponieważ system żyje, jest on na bieżąco zmieniany, również dokumentacja ulega aktualizacji. Żądanie wykreślenia z pkt 2.7 obowiązku usuwania wad w dokumentacji ma takie same podstawy jak żądanie związane z obowiązkiem usunięcia odpowiedzialności za Wady systemu. Zamawiający, gdyby usunąć te zapisy, stanąłby w sytuacji, w której już po zawarciu umowy i dokonywaniu Modyfikacji systemu, a tym samym modyfikacji dokumentacji przez nowego wykonawcę, musiałby wystąpić do poprzedniego wykonawcy z żądaniem zaktualizowania dokumentacji przy uwzględnieniu aktualnego stanu. Zamawiający nie jest zainteresowany ustalaniem odpowiedzialnego za wady w dokumentacji i oczekuje od wykonawcy, który zobowiązuje się wykonywać usługę za ustalone wynagrodzenie dokonywania Modyfikacji i usuwania Wad w dokumentacji.

Oddalając ten zarzut Izba uznała, iż działanie Odwołującego stanowi próbę zmiany zasad na jakich miałyby nastąpić przejęcie odpowiedzialności przez nowego wykonawcę za realizację przedmiotu umowy, który ze swojej istoty wymaga gotowości i umiejętności rozwiązywania bieżących problemów. W toku rozprawy Odwołujący wskazywał na brak zapewnienia Wykonawcy dostępu do pełnej i aktualnej Dokumentacji, co czynić miało zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 Ustawy zasadnym. Oczekiwanie, aby Zamawiający systematycznie przekazywał aktualizacje wszystkich dokumentów poczynione w trakcie prowadzonej procedury przetargowej nie jest faktycznie możliwe do zrealizowania i prowadziłoby do ciągłej zmiany terminu do składania ofert. Zamawiający słusznie przyjął, iż konieczne jest przyjęcie pewnej cezurę czasowej, która będzie wyznaczała zakres Dokumentacji przekazanej na potrzeby przygotowania oferty przez wszystkich Wykonawców.

Sama procedura wyłonienia wykonawcy może trwać dłuższy czas, a nowe dokumenty powstałe już po złożeniu ofert, w żaden sposób nie mogą wpływać na przyjęte do wyceny kalkulacje kosztów. Odmienną kwestią jest natomiast ocena zasadności wprowadzonej odpowiedzialności wybranego Wykonawcy za Wady Dokumentacji. Odwołujący w żaden sposób nie zakwestionował wyjaśnień Zamawiającego, w których ten wskazywał na skutki braku zapewnienia zgodności pomiędzy Dokumentacją SI, a kodem produkcyjnym, co uniemożliwiłoby prawidłową realizację zadań. Wyłączenie odpowiedzialności za Wady Dokumentacji, jakie miałyby być wywołane zaniechaniami poprzedniego wykonawcy mogłoby prowadzić do stanu rozbieżności, której konsekwencją mogłoby zakłócenie prac związanych z usuwaniem Wad Systemu ocenianych z punktu widzenia zgodności Systemu z Dokumentacją. Ponadto, dalszym skutkiem niedostatecznego utrzymania Dokumentacji w kolejnym okresie rozwoju Systemu mogłoby być uniemożliwienie powierzenia świadczenia Usług innym podmiotom. W ocenie Izby obecne zasady nie wprowadzają nierównych zasad ubiegania się o zamówienie, a ewentualne dalsze kroki związane z przejściem odpowiedzialności za system stanowią mechanizm wtórny dla oceny oferty, jak i oceny jasności zapisów siwz. Odwołujący pomija fakt, iż za aktualizacje Dokumentacji Wykonawca będzie otrzymywał wynagrodzenie ryczałtowe, które powinno rekompensować koszty jakie będzie ponosił świadcząc Usługi w ramach zawartej Umowy, niezależne od ustalenia przyczyn Wad Dokumentacji. Wywodzenie z tych okoliczności, iż w postępowaniu uprzywilejowany miałby być dotychczasowy Wykonawca, w ocenie Izby również nie było prawidłowe. Przede wszystkim argument o rzekomym dążeniu Zamawiającego do zwolnienia z odpowiedzialności za Wady Dokumentacji obecnie realizującego usługi wykonawcy, nie było wykazane i stanowiło subiektywny wniosek nie poparty żadnym dowodem.

Ad. 9 – metoda Punktów Funkcyjnych IFPUG opisana Podręcznikiem stosowania (załącznik do Wzoru Umowy).

Metoda Punktów Funkcyjnych opisana została w Podręczniku i stanowi metodę pomiaru złożoności (ilości) oprogramowania, uznawaną w branży za obiektywną metodę porównania cen i efektywności produkcji „ilości” oprogramowania. Zamawiający stosuje własną, rozszerzoną metodę pomiaru „ilości” oprogramowania, odbiegającą od normy ISO/IEC 14143 – opisaną w zmienionym Podręczniku. Zasadniczym z punktu widzenia zarzutu jest brak załączenia do siwz istniejącego modelu iFPUG oprogramowania będącego przedmiotem planowanych usług Modyfikacji. Jego brak uprzywilejowuje, w ocenie Odwołującego dotychczasowego wykonawcę Comarch, który z tej racji zna istniejący model, co daje mu przewagę nad konkurencją.

Zdaniem Zamawiającego żądanie to nie jest uzasadnione, potrzebą ustalenia zakresu prac, jakie są związane z zamówieniem, gdyż Wykonawca uzyskuje informację o systemie z Dokumentacji. Model iFPUG może mieć znaczenie, ale już po zawarciu umowy dla ustalenia sposobu wyceny wykonania danej Modyfikacji, czyli będzie wytwarzany z każdą Modyfikacją. Nie ma istotnego znaczenia model, który był wytworzony na potrzeby systemu wcześniej przez innego wykonawcę, tym bardziej, iż nie zawsze model ten istniał w obecnym Systemie. Model pomaga ustalić złożoność oprogramowania, tj. zakres wymaganych prac, które są zwymiarowane ilością Punktów Funkcyjnych (PF), jakie Wykonawca zadeklaruje dla danej zmiany. Ułatwia wycenę, ale nie jest dla niej niezbędny, tym bardziej, że będzie wytworzony na etapie realizacji zamówienia. Co istotne model ten nie dostarcza żadnej dodatkowej wiedzy ponad tą, jaka jest przekazana w Dokumentacji dotyczącej Systemu. Żądanie podręcznika modelu IFPUG, który był opracowany na innych zasadach opisanych w podręczniku nie ma znaczenia dla niniejszego zamówienia, a co istotne mógłby wprowadzać w błąd Wykonawcę. Treść podręcznika uległa zmianie w stosunku do poprzedniego przede wszystkim w zakresie zasad przydzielenia Punktów Funkcyjnych. Wyjaśnia, że przed zleceniem danej Modyfikacji określa się złożoność oprogramowania w PF. W ofercie Wykonawca wycenia koszt 1 PF, a dopiero na etapie realizacji poszczególnych prac Wykonawca określi szacunkową ilość PF, jakich wymagać będzie wykonanie danej Modyfikacji.

O bezzasadności zarzutu zdecydowało znaczenie modelu IFPUG, którego uzupełnienia domagał się Odwołujący. Izba uwzględniła wyjaśnienia Zamawiającego, którym nie zaprzeczał Odwołujący, iż stanowi on element wtórny wobec opisu przedmiotu zamówienia, który zawarty jest w Dokumentacji Systemu, na podstawie której Wykonawca ma możliwość poznania zakresu prac i działania systemu. Modele, jak zostało to wskazane, mają wyłącznie charakter pomocniczy dla „zwymiarowania” prac już po zawarciu umowy i sporządzane będą w tym celu przez wykonawcę wyłonionego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Z uwagi na konieczność uwzględnienia nowych zapisów Podręcznika, dotychczasowe sposoby wyceny tracą na znaczeniu, co również przyznał Odwołujący, jako Przystępujący w sprawie o sygn. akt KIO 1948/18 prezentując argument dotyczący nowego liczenia punktów funkcyjnych (zgodnie z nowym Podręcznikiem ta sama funkcjonalność zwymiarowana będzie inną liczbą PF). Mając na uwadze bezsporną okoliczność, iż model IFPUG opracowany na potrzeby wcześniej wykonanych prac, nie wpływa na wycenę 1 PF w niniejszym postępowaniu, jego brak nie stanowi o wadzie opisu przedmiotu zamówienia.

W świetle powyższego odwołanie Asseco Poland S.A. podlegało oddaleniu w całości.

Sygn. akt KIO 1948/18.

Ad. 1 - Wymóg dysponowania zasobami gwarantującymi zapewnienie wydajności realizacyjnej 3000 Punktów Funkcyjnych (PF) na miesiąc – w skutek czego niemożliwym jest dokonanie wyceny oferty (zał. 4C wzoru umowy).

Odwołujący nie negował samej istoty wymagania zapewnienia wydajności zespołu mającego realizować Usługę Modyfikacji rozliczaną PF, ale postulował dokonanie takich zmian w siwz, aby było możliwe obliczenie i uwzględnienie tego kosztu w cenie oferty.

Zamawiający po wniesieniu odwołania zmodyfikował zapisy siwz w ten sposób, iż zmniejszył wymóg dotyczący wydajności do poziomu 2500 PF w każdym miesiącu obowiązywania Usługi Rozwoju, co nie zmieniało istoty zarzutu podtrzymanego przez Odwołującego (zmiana nr 24 z dnia 05.10.2018 r.). Zamawiający zobowiązał się informować Wykonawcę czy w danym kwartale świadczenia Usługi (liczonym od dnia rozpoczęcia świadczenia Usługi) oczekuje od Wykonawcy utrzymania wydajności realizacyjnej na poziomie minimum 2500 PF IFPUG miesięcznie. Zobowiązanie Wykonawcy do utrzymania wydajności realizacyjnej wygasa z chwilą wyczerpania budżetu wynagrodzenia na świadczenie Usług w ramach Grupy Usług Rozwoju (Modyfikacji). Ponadto po modyfikacji siwz z dnia 31.10.2018 r. (zmiana nr 5) Zamawiający zobowiązał się do złożenia w ramach usługi Modyfikacji zamówienia na poziomie ilości PF stanowiącej 20% całkowitej ilości PF przewidzianej w ramach Usługi Modyfikacji, wynikającej z przeliczenia budżetu Zamawiającego i wartości jednostkowej 1 PF określonej w ofercie.

Odwołujący podtrzymał zarzut wskazując, iż zmiana, jakiej dokonał Zamawiający nie wprowadziła możliwości wskazania w ofercie w odrębnej pozycji kosztów utrzymania zespołu gwarantującego wydajność na poziomie 2500 PF, a gwarantowana wielkość 20% całkowitej ilości PF (46 287 PF przez 44 miesiące ) nie została odniesiona do wydajności wymaganej w skali miesiąca, co nadal czyni zasadnym tezę o nadmiernym ryzyku ponoszenia nadmiernych kosztów utrzymania wydajności na poziomie 2500 PF.

Oddalając odwołanie w tym zakresie Izba miała na uwadze, iż Odwołujący nie kwestionował samej potrzeby określenia wydajności na poziomie wynikającym z potrzeb powstałych w danym momencie realizacji Usługi Modyfikacji. Obojętnym dla rozstrzygnięcia były zatem wyjaśnienia Zamawiającego dotyczące podstawy szacunków przyjętej dla wielkości 2500 PF. Niezależnie od zmienionej wielkości z 3000PF na 2500PF Odwołujący kwestionował sam mechanizm rozliczenia kosztów utrzymania poziomu gotowości, a w zasadzie jego brak. W jego ocenie, to ryzyko jakie ponosić będzie w związku z utrzymaniem zespołu pracowników, miało uzasadniać zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 Ustawy. Według prezentowanych wyliczeń, obowiązek ten generować będzie koszt na poziomie 2 mln złotych

miesięcznie, co stanowić ma wielkość wynagrodzenia ustalonego w odniesieniu do budżetu na Modyfikację (36 mln złotych).

W ocenie Izby kalkulacja Odwołującego nie mogła uzasadniać tezy o nadmiernym obciążeniu Wykonawcy ryzykiem, gdyż stanowiła faktycznie szacunkowe wynagrodzenie wyliczone dla szacowanej ilości PF w ujęciu miesięcznym, uwzględniające nie tylko koszty (w tym koszty stałe), ale przede wszystkim dochód Wykonawcy (w tym jego marżę). Celem Odwołującego było, aby Zamawiający przewidział odrębną pozycję za gotowość, czego Zamawiający chciał uniknąć dla przedmiotowego zamówienia. Samo wskazanie, iż w formularzu oferty nie uwzględniono odrębnej pozycji do wyceny usługi „gotowości do realizacji prac”, nie czyni zarzutu naruszenia art. 29 oraz art. 7 Ustawy zasadnym. Skoro samo założenie konieczności zagwarantowania zespołu osób pozwalającego wykonać w każdym miesiącu prace zwymiarowane ilością PF, znajduje uzasadnienie praktyczne, to wywodzenie negatywnych wniosków wyłącznie w odniesieniu do skutków, jakie wiążą się z realizacją tego wymogu nie mogło być wystarczające. Każdy wykonawca przystępując do złożenia oferty ma wiedzę i świadomość konieczności zapewnienia zespołu osób pozwalającego na wykonanie prac, co nie czyni zapisów siwz dyskryminacyjnymi wobec któregośkolwiek z podmiotów zainteresowanych. Wskazana przez Zamawiającego szacunkowa ilość PF i podana wielkość budżetu dla Usługi Modyfikacji pozwala Wykonawcy uwzględnić koszty utrzymania zespołu pracowników mających realizować Umowę w cenie PF. Analogia do usług utrzymania dróg w okresie zimy, czy też usług ubezpieczenia, w ocenie Izby nie jest w tym przypadku prawidłowa. Nie można przykładać jednej miary dla oceny potrzeby zagwarantowania wykonawcy wynagrodzenia za gotowość do świadczenia usługi zimowego utrzymania dróg, w sytuacji gdy te usługi nie są świadczone i wykonawca nie otrzymuje żadnego wynagrodzenia. Niniejsze zamówienie obejmuje szereg usług, do których świadczenia nie zostały wprost przypisane poszczególne osoby i to po stronie Wykonawcy spoczywa zarządzanie zasobami kadrowymi, jakie musi posiadać przystępując do świadczenia usług. Cena za 1 PF stanowić będzie bazę do wyliczenia wynagrodzenia uzależnionego od pracochłonności wymiarowanej każdorazowo przez Wykonawcę w oparciu o metodę IFPUG. Wykonawca zmierza do przeniesienia na Zamawiającego ryzyka związanego z utrzymaniem zasobów ludzkich przez cały okres obowiązywania umowy, niezależnie od otrzymywanego równoległe wynagrodzenia za realizację poszczególnych usług.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał zasadności podniesionego zarzutu.

Ad. 4 i 5 - zawarcie w kryteriach oceny ofert i w procedurze wyceny Modyfikacji deklaracji sztywnego powiązania rozmiaru Modyfikacji z czasem jej realizacji i przyjęcie schodkowych przedziałów.

Zamawiający ustalił kryterium oceny ofert „Deklarowany czas przekazania oprogramowania Modyfikacji do Testów Akceptacyjnych” o wadze 24%, w którym oceniany będzie deklarowany przez Wykonawcę czas wyliczony w Punktach Funkcyjnych (PF). Zamawiający określił przedziały dni roboczych dla Modyfikacji w zależności od ich rozmiaru wymiarowanego w PF (tabele 1-6). W ocenie Odwołującego wskazane kryterium jest niemożliwe do oszacowania i nie daje tym samym wykonawcom możliwości złożenia oferty. Wynika to z faktu, iż Zamawiający posłużył się zmodyfikowaną metodą Punktów Funkcyjnych IFPUG, co uniemożliwia oszacowanie czasu realizacji modyfikacji wymiarowanej z użyciem PF. W ocenie Odwołującego bardziej odzwierciedlającym rzeczywistość i możliwym do oszacowania parametrem byłoby przyjęcie średniej relacji czasu realizacji do liczby PF, egzekwowanej np. w interwale miesięcznym.

Zamawiający modyfikacją z dnia 31.10.2018 r. nr 7 dodał pod tabelą uwagę o treści: *do terminu tego nie wlicza się okresu weryfikacji przez Zamawiającego przekazanych do odbioru Produktów wykonanych w ramach Modyfikacji do dnia przekazania oprogramowania Modyfikacji do Testów Akceptacyjnych.* Nie uległy zmianie przedziały ilości dni przypisanych do danej złożoności Modyfikacji wyznaczonej progami ilości PF, jakie wykonawcy mogą zadeklarować.

W ramach argumentacji prezentowanej na rozprawie Odwołujący przeniósł ciężar zarzutu na wykazanie, iż uśrednione przedziały czasowe wskazane przez Zamawiającego dla Modyfikacji o złożoności do 100 PF przewidują terminy niemożliwe do spełnienia (od 15 do 17 dni). Odwołujący wniósł o modyfikację zapisów siwz w zakresie wyznaczonych przez Zamawiającego (maksymalnych) terminów dla realizacji poszczególnych Modyfikacji, przez ich wydłużenie o wskazane w piśmie z dnia 18.10.2018 r. czasy realizacji.

Oddalając zarzuty nr 4 i 5 Izba uznała, iż zapisy siwz budziły zastrzeżenia z uwagi na sposób powiązania czasochłonności Modyfikacji z ilością PF, przez ustalenie sztywnych przedziałów dni roboczych, co wyłączało swobodę po stronie Wykonawcy we wskazaniu dłuższych czasów realizacji. W odwołaniu nie było zarzutu dotyczącego ilości dni roboczych wskazanych przez Zamawiającego, a argumenty dotyczyły braku przełożenia wskazanej metody ustalenia czasochłonności dla Modyfikacji wymiarowanej PF na realne możliwości wykonawcy oraz przyjęcia schodkowego przedziału czasów. Oceny zasadności zarzutu należało dokonać w kontekście wskazanych przepisów Ustawy, tj. art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 Ustawy. Uwzględniając zakres wskazanych norm Izba uznała, iż do ich naruszenia nie mogły prowadzić zapisy jednoznaczne w swej treści, które zasadniczo jako zbyt sztywne, nie



pozostawiały pola wykonawcom w dowolnym określeniu czasów realizacji poszczególnych Modyfikacji. Próba poszerzenia argumentacji o okoliczności podniesione w piśmie procesowym nie mogła prowadzić do modyfikacji zarzutu postawionego w odwołaniu. Przede wszystkim przedmiotem zarzutu nie były same terminy wskazane przez Zamawiającego, a przyjęcie jako kryterium oceny czasochłonności Modyfikacji wymiarowanej PF, który w metodyce nie jest powiązany z czasem realizacji. Oceniając zasadność zarzutu Izba ustaliła, iż, kryterium oceny ofert stanowi uzupełniającą wobec przyjętej metody szacowania złożoności Modyfikacji (PF) wytyczną opisującą sposób wykonania Usługi. PF zgodnie z metodyką pozwala określić złożoność pracy w oderwaniu od czasu potrzebnego do jej wykonania. Z drugiej strony Zamawiający ustalając kryterium czasochłonności uzupełnił opis przedmiotu zamówienia o zobowiązanie pozwalające ustalić, w jakim czasie wykonawca powinien wykonać pracę wycenioną przez tego wykonawcę ilością PF. To wykonawca w ramach limitu PF określać będzie pracołłonność zleconych Modyfikacji, a bez wskazanego zobowiązania Zamawiający nie będzie mógł egzekwować czasu, w jakim prace te powinny być wykonane. Wprowadzona cezura czasowa może oznaczać, iż na etapie wymiarowania prac Wykonawca będzie musiał uwzględnić terminy czasu przyjęte jako maksymalne dla danej złożoności Modyfikacji. Chociaż nie można odmówić racji Odwołującemu, iż skutkiem wprowadzonych progów są występujące różnice pomiędzy przedziałami czasów przypisanych danym Modyfikacjom, to przy braku zarzutu dotyczącego ilości dni roboczych narzuconych przez Zamawiającego, nie było podstaw do przyjęcia, iż zapisy kryterium czynią opis przedmiotu zamówienia wadliwym. Zasadniczo Izba uznała, iż Zamawiający mógł wprowadzić mechanizm pozwalający na ujęcie w ramach czasowych zobowiązania Wykonawcy do wykonania Modyfikacji, co stanowi jednoznaczną wytyczną dla wszystkich wykonawców.

Ad. 14 – wymaganie utrzymania stałych zespołów realizujących usługi przy jednoczesnym uprawnieniu do jednostronnego zawieszenia świadczenia usług.

*„3.7. Przez okres obowiązywania Umowy, Zamawiający uprawniony jest do jednostronnego zawieszenia świadczenia Wykonawcy w odniesieniu do Grupy Usług Utrzymania Środowisk (G1) oraz Grupy Usług Administracji Systemem Informatycznym (G3), a Wykonawca wyraża na to zgodę. Zamawiający poinformuje Wykonawcę na piśmie o zawieszeniu świadczenia Wykonawcy w odniesieniu do Grupy Usług Utrzymania Środowisk (G1) lub Grupy Usług Administracji Systemem Informatycznym (G3) na co najmniej 1 miesiąc przed dniem, w którym nastąpi zawieszenie świadczenia Usług w odniesieniu do Grupy Usług Utrzymania Środowisk (G1) lub Grupy Usług Administracji Systemem Informatycznym (G3). Zamawiający może przekazać informację o*

*zawieszeniu również w czasie trwania Okresu Przejściowego. Zawieszenie świadczenia Usług w odniesieniu do Grupy Usług Utrzymania Środowisk (G1) lub Grupy Usług Administracji Systemem Informatycznym (G3) obowiązywać może również poczynszy od daty rozpoczęcia świadczenia Usług w rozumieniu pkt 6.8 i 6.9 Umowy. W piśmie Zamawiający wskaże datę, od której Wykonawca nie będzie świadczyć Usług w ramach Grupy Usług Utrzymania Środowisk (G1) lub Grupy Usług Administracji Systemem Informatycznym (G3). Przez okres, w którym Wykonawca nie będzie świadczyć Usług w odniesieniu do Grupy Usług Utrzymania Środowisk (G1) lub Grupy Usług Administracji Systemem Informatycznym (G3), Wykonawcy nie należy się wynagrodzenie ryczałtowe przypisane do tej Grupy Usług. Zamawiający uprawniony jest do jednostronnego wznowienia Zwiotczenia Usług w ramach Grupy Usług Utrzymania Środowisk (G1) oraz Grupy Usług Administracji Systemem Informatycznym (G3). Wznowienie nastąpi z co najmniej 3 miesięcznym wyprzedzeniem, przez wskazanie Wykonawcy daty wznowienia świadczenia Usług w odniesieniu do Grupy Usług Utrzymania Środowisk (G1) lub Grupy Usług Administracji Systemem Informatycznym (G3) na piśmie. Jeżeli początek zawieszenia lub wznowienia świadczenia Usług w odniesieniu do Grupy Usług Utrzymania Środowisk (G1) lub Grupy Usług Administracji Systemem Informatycznym (G3) przypada na inny dzień, niż pierwszy dzień miesiąca, wynagrodzenie należne Wykonawcy za świadczenie Usług w ramach Grupy Usług Utrzymania Środowisk (G1) lub Grupy Usług Administracji Systemem Informatycznym (G3) za miesiąc, w którym Usługi te były świadczone w niepełnym wymiarze czasowym zostanie ustalone proporcjonalnie do czasu przez jaki Usługi w ramach Grupy Usług Utrzymania Środowisk (G1) lub Grupy Usług Administracji Systemem Informatycznym (G3) były świadczone w takim miesiącu."*

Wobec takich zapisów siwz Odwołujący formułuje zarzut braku jednoznaczności opisu przedmiotu zamówienia i naruszenia zasady uczciwej konkurencji wskazując, iż Wykonawcy nie jest znany pewny zakres zamówienia, co naraża na poniesienie kosztów związanych z utrzymaniem w pełnej gotowości zasobów dedykowanych do świadczenia tych usług przez cały okres trwania umowy. Zapisy siwz uniemożliwiać mają kalkulację i rzetelne przygotowanie oferty. Wykonawca nie ma żadnej pewności otrzymania wynagrodzenia, ma za to pewność ponoszenia kosztów pozostawania w gotowości (zatrudnienia pracowników).

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji przez doprecyzowanie postanowień pkt 3.7 Umowy w ten sposób, aby Zamawiający był uprawniony do zawieszenia świadczenia usług nie częściej niż dwukrotnie w trakcie trwania umowy dla danej grupy Usług, przy czym łączny czas zawieszenia danej grupy Usług nie powinno przekraczać sześć miesięcy, a wznowienie świadczenia danej Usługi poprzedzone było cztero, a nie trzymiesięczną notyfikacją.

Zamawiający dokonał w dniu 5.10.2018 r. modyfikacji pkt 3.7 załącznika nr 9 do siwz poprzez ograniczenie uprawnień do usług z grupy G1, tj. usług Utrzymania Środowiska, pozostawiając pozostałe zapisy bez zmiany, w tym dotyczący terminu wznowienia (3 miesięczna notyfikacja).

Izba ustaliła, iż Usługi z grupy G1 rozliczane mają być ryczałtowo, a wykonawcy w tym celu w formularzu oferty wskazywać będą wynagrodzenie miesięczne dla okresu 44 miesięcy świadczenia tych usług. Odwołujący podkreślał, iż zapisy siwz czynią niemożliwym prawidłowe skalkulowanie kosztów oferty i stwarzają nieuzasadnione ryzyko poniesienia kosztów związanych z obowiązkiem utrzymania stałych zespołów (zatrudnienia pracowników).

Oddalając odwołanie w tym zakresie Izba uznała, iż sporny zapis umowy nie prowadzi do skutków na jakie wskazywał Odwołujący. Odnosząc się do kwestii samego zawieszenia świadczenia usług G1, mechanizm ten co do samej istoty nie jest przedmiotem sporu, gdyż żądania Odwołującego zmierzają do wprowadzenia ograniczeń czasowych, które pozwolić miałyby Wykonawcy uwzględnić w cenie oferty koszty, jakie będzie ponosił w czasie zawieszenia świadczenia usługi. Odnosząc się zatem do istoty zarzutu, czyli kosztów utrzymania stałych zespołów Izba uznała, że wnioski Odwołującego o braku możliwości ich uwzględnienia w cenie oferty nie mają faktycznie podstawy. Przede wszystkim należy zauważyć, iż usługi G1 stanowią jedną z grup usług objętych kontraktem, za które Wykonawca otrzyma miesięczne wynagrodzenie ryczałtowe. Stwierdzenie, że Wykonawca poniesie koszty usługi w trakcie zawieszenia jej świadczenia, w ocenie Izby jest nieprzekonujące. Przede wszystkim należy zauważyć, iż przy zawieszeniu świadczenia usługi Wykonawca nie poniesie kosztów bezpośrednio związanych z pracami objętymi grupą usług G1, gdyż nie będą one faktycznie realizowane, co pozwoli wykorzystać zasoby kadrowe na rzecz innych realizowanych w tym czasie usług objętych zamówieniem. Powyższe oznacza zatem, że koszty stałe, tj. zatrudnienia pracowników będą faktycznie pokryte z wynagrodzenia wskazanego dla pozostałych usług, w tym również ryczałtu miesięcznego za usługi z grup G2 i G3, których nie dotyczy zawieszenie. Ponadto na uwagę zasługują zapisy siwz, w których Zamawiający zastrzegł prawo do przenoszenia środków w ramach budżetu na niniejsze zamówienie pomiędzy poszczególnymi usługami. Oznacza to, iż środki niewykorzystane na wynagrodzenie za usługi zawieszono finalnie będą mogły być przeniesione na sfinansowanie innej grupy usług i trafią do Wykonawcy. Ponadto, nie można tracić z pola widzenia faktu, iż Zamawiający wykazał zasadność możliwości zawieszenia świadczenia tej grupy usług, co nie było kwestionowane przez Odwołującego, a wręcz przyznane. Zamawiający chce dążyć do przenoszenia usług do wewnątrz i w przyszłości wykonywać je własnymi zasobami, co ma sprzyjać oszczędnościom i działaniem

oczekiwanym z punktu widzenia polityki zakupowej Zamawiającego. Należy również zauważyć, iż usługi z grupy G1 pozwalają nadzorować sposób i jakość realizowanych prac i dostarczają istotnej wiedzy w tym temacie. Obawy Odwołującego dotyczące sposobu wyceny prac w ocenie Izby również nie były uzasadnione, gdyż zgodnie z formularzem oferty Wykonawca zobowiązany jest wskazać wynagrodzenie miesięczne i skalkulować cenę za okres 44 miesięcy, w jakim usługa ta miałaby być świadczona. Ponownie można wskazać, iż usługi G1 nie stanowią jedyne świadczenia objętego przedmiotem zamówienia, co istotnie wpływałoby na ocenę zarzutu. Przyjmując nawet, że usługi te w ogóle nie byłyby świadczone, Wykonawca nadal będzie realizował pozostałe prace, których zakres może faktycznie zostać zwiększony w związku z niewykorzystanym budżetem przyjętym dla usług z grupy G1.

Ad. 18 – postanowienia pkt 16 Wzoru Umowy.

*Zgodnie z treścią pkt, 16,8 Wzoru umowy: **\*Zamawiający oraz Wykonawca są uprawnieni do korzystania z informacji oraz danych uzyskanych od drugiej Strony, w tym Informacji wrażliwych, w celach bezpośrednio związanych z obsługą Systemu Informatycznego.** W szczególności **Zamawiający może ujawniać takie informacje innym dostawcom oraz wykonawcy, który będzie świadczył usługi w odniesieniu do Systemu Informatycznego na podstawie innej umowy, a Wykonawca uprawniony jest do ujawnienia takich informacji podwykonawcom, z których Wykonawca korzysta zgodnie z punktem 4.6 Umowy. Przed udostępnieniem informacji, o których mowa w tym punkcie, Strona udostępniająca zawrze z podmiotem otrzymującym informacje umowę o zachowaniu poufności na zasadach co najmniej takich, jak zasady określone w punkcie 16 Umowy. Zakres informacji udostępnionych osobom trzecim nie może być szerszy niż niezbędny.***<sup>u</sup>

Oddalając odwołanie w tym zakresie Izba uznała, iż Odwołujący nie wykazał, aby zapisy siwz wpływały na zakres przedmiotu zamówienia, jak i jego precyzyjność. Zapisy te mają wyłącznie na celu ustalenie jasnym i przejrzystym, iż strony umowy mogą korzystać z wiedzy dotyczącej świadczenie usługi, czyli efektu prac zamówionych przez podmiot publiczny. Ograniczanie dostępu do wiedzy nawet technicznej dotyczącej przedmiotu zamówienia, w ocenie Izby może prowadzić do ograniczania dostępu do zamówienia na przyszłość. Zamawiający płacąc za efekt prac ma prawo zapewnić sobie prawo do korzystania z informacji dotyczących systemu informatycznego, celem jego dalszego rozwoju i obsługi przez inne podmioty. Ocena, czy w dana informacja stanowić będzie informację prawnie chronioną dokonywana może być ad casum i nie jest możliwa w ramach niniejszego odwołania.

Podsumowując oba odwołania podlegały oddaleniu w całości (tj. w zakresie zarzutów podlegających rozpoznaniu Izby). Zarzuty podnoszone wobec opisu przedmiotu zamówienia (wzoru umowy) oparte na wniosku o ich niejednoznaczności z uwagi na nieprecyzyjność zakresu zobowiązania wykonawcy, nie potwierdziły się. Zasadniczo argumenty Odwołujących miały na celu wykazanie, iż poszczególne zapisy Wzoru Umowy czynią niejasnym sytuację wykonawcy na etapie sporządzenia oferty, a co za tym idzie właściwe oszacowanie kosztów świadczenia usługi. Izba miała na uwadze specyfikę przedmiotu zamówienia, jakim jest istniejący i stale rozwijany system informatyczny, co prowadzić może do wystąpienia różnych nieprzewidzianych sytuacji, za jakie odpowiedzialność powinien ponieść wykonawca gotowy do przejścia obsługi i dalszego rozwoju systemu. Stąd przyjęta została formuła umowy otwartej, w której zakres świadczenia wymaga uwzględnienia zmieniających się potrzeb Zamawiającego i nie jest przesądzony w sposób ostateczny na etapie składania ofert. Generalnie ujmując Izba przyznała prawo Zamawiającemu do tego, aby dostosować zasady na jakich system informatyczny będzie obsługiwany przez nowego wykonawcę do jego zmieniających się potrzeb, co wymagało między innymi umożliwienia Zamawiającemu ustalenia zasad rozliczenia prac rzeczywiście zleconych. Izba nie przychyliła się do wniosków, jakie prezentowali obaj Wykonawcy, iż zasady opisane we wzorze umowy czynią niemożliwym złożenie oferty uwzględniającej wszystkie koszty i ryzyka jakie wiążą się z tego rodzaju zamówieniem. Co istotne Wykonawcy nie kwestionowali co do zasady zasadności przyjętych rozwiązań, a ich zastrzeżenia były powiązane ze sposobem ich wdrożenia i stąd formułowali żądania mające doprowadzić do modyfikacji spełniającej ich oczekiwania. W ocenie Izby wszystkie objęte sporem zapisy wzoru umowy były podporządkowane celom opisanym w preambule Wzoru Umowy i nie naruszały wskazanych w odwołaniach przepisów Ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 w zw. z art. 186 ust. 6 pkt 3 i 4 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 4 w zw. z § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238. ze zm.). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpisy wniesione w sprawach połączonych do wspólnego rozpoznania przez Odwołującego oraz koszty Zamawiającego związane z reprezentacją w obu sprawach na podstawie przedłożonych rachunków obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....